

「借地・借家法改正に関する問題点」に 関する早稲田大学法学部教授の意見

法務省民事局参事官室名をもって、早稲田大学法学部に寄せられた、昭和六〇年一月一五日付の「借地・借家法改正に関する問題点」に関する意見照会につき、下記の者は、法学部教授会の委嘱にもとづいて検討した結果、以下のとおりの結論に到達した。

昭和六一年四月一五日

早稲田大学法学部教授

黒木三郎
高島平蔵
島田信義
篠塚昭次
牛山積
田山輝明

目次

- 一 改正問題を考えるに当たっての基本的視点
 - 1 借地借家法改正の背景について
 - 2 借地権の法構造とその利用権としての強化
 - 3 借家権の保護について
- 二 存続期間等について
 - 1 最初の存続期間
 - (1) 通常の存続期間
 - (2) 特定類型の短期借地権と特約

鎌田 薫
内田 勝一
浦川 道太郎
近江 幸治

- 2 建物が朽廃した場合
 - 3 建物が滅失した場合
 - (1) 滅失と朽廃
 - (2) 建物の再築
 - (3) 貸地入解約権
 - (4) 残存期間が短期の場合
 - (5) 再築建物の保護
 - (6) 二条一項但書の廃止
 - 4 最初の期間経過後の借地権
 - 5 定期借地権
 - (1) 基本的问题
 - (2) 具体的問題点
 - (イ) 期間
 - (ロ) スラム化の恐れ
 - (ハ) 期間終了後の建物
 - (ニ) 借地権の価格
 - (ホ) 底地抵当権との関係
 - (ヘ) 建物抵当権との関係
 - (ト) 建物賃借人等の保護
 - 6 正当事由の内容
 - (1) 正当事由の具体化の適否について
- 二 土地所有者による土地の有効利用と正当事由について
 - (2) 土地所有者による土地の有効利用と正当事由について
 - 7 借地権消滅の場合の利害調整
 - (1) 「土地の高度利用」による借地権消滅の場合について
 - (2) 正当事由を補完する金銭補償
 - 三 自己借地権制度について
 - (1) 基本的问题点
 - (2) 法定地上権との関係
 - 四 担保制度について
 - (1) 基本的視点
 - (2) 抵当権の対象とすることについて
 - 五 地代について
 - (1) 地代改訂特約
 - (2) 地代増額紛争の処理
 - 六 敷金等について
 - (1) 基本的視点
 - (2) 敷金関係の承継
 - 七 区分所有建物の敷地利用権が借地権である場合の借地関係について
 - 八 借家法関係

- (1) 對抗要件について
 - (2) 存続期間について
 - (イ) 正当事由の内容
 - (ロ) 居住と非居住用の区分
 - (ハ) 金銭補償による正当事由の補完
 - (ニ) 特別の賃貸借
 - (3) 造作買取請求権について
 - (4) 賃借権の譲渡等について
 - (5) 家賃改訂特約について
 - (6) 敷金等について
 - (7) 賃借権の相続等について
- 九 罹災都市借地借家臨時処理法について

一 改正問題を考えるに当たっての基本的視点

1 借地・借家法改正の背景について

借地法、借家法は、市民生活に深く根をおろした民事基本法であるが、その制定以来、長期間が経過しており、その間ににおける日本社会の発展との関連で、再検討が必要となることは避けられないことである。

現行の借地法、借家法は、大正一〇年に制定されたものであるが、右のうち借地法のための立法運動は、すでに建物保護法

が制定された明治四二年頃からあったのであり、したがって、その立法の時代的背景は、日本資本主義の早創期に求めることが出来る。⁽¹⁾

建物保護法の制定の主たる目的が日露戦争後の大都市の膨張を背景とする住宅問題の深刻化の防止（いわゆる地震売買の防止）にあったのに対して、大正一〇年の借地法は、新興資本家階級の借地への投下資本の維持・回収の確保にあったということが出来る。すなわち地主階層の基本的な優位を前提としつつ借地上の居住上の利益と投下資本の保護とが立法の主要な目的であったといえることができる。

借家法については、借地法におけるような前史はないが、借地法成立の機運が盛り上がってきた時点で、主として借家人の居住上の利益を守るため「売買は賃貸借を破る」原則（借地関係においてはすでに基本的に解決されていた）を修正したものとされている。

昭和一六年の借地借家法の改正は、基本的には戦時住宅難に対応するために、借地権、借家権の消滅には正当事由を必要とすることとしたのであり、その意味から考えても、その中心的意義は借家法の改正にあったとされている。もちろん借地上の建物所有者の居住上の利益や営業上の利益も「正当事由」制度の導入によって保護されたのであり、その意義は、土地利用権

の立法史においては決して軽視できない重要な意義を有していると言わなければならない。

右の契約「解消」にさいしての正当事由の制度は、第二次大戦後においては、その制度趣旨によって課された任務は終了したにもかかわらず、不動産賃貸借の当事者間における「私的利益の調整手段」としての役割を担うようになった。その背景には、借地関係においては、土地所有権に対する利用権の強化の思想と借地人の居住上ないし営業上の利益の保護の思想とが存在したと思われる。借家関係においては、この点に関する認識については根本的な対立はあるが、主として借家人の居住上ないし営業上の利益保護の観点から「正当事由」制度の調整機能が働いていたと考えてよい。

このようにして、直接的には戦時住宅難を契機として導入された「正当事由」制度も、日本社会の第二次大戦をはさんだ長い間の発展の結果、基本的には契約当事者間の利益調整を主たる任務とする民事基本法である借地・借家法の中心的内容として定着したのである。

借地法、借家法は昭和四一年にも改正され、とくに借地法においては非訟事件手続が導入され、その限りでは実体的私法以外の要素が含まれることになったが、私的権利をめぐる利害調整という枠組の中の問題であり、借地法、借家法が民事基本法

すなわち基本的に私法としての性格を有しているということを变えるものではなかった。

民法典は、他の領域でも多くの修正を受けているが、不動産賃貸借法の領域における修正は、特別法領域の形成（労働法のような）というよりも、特別法による民法規定の修正というニュアンスが強い。⁽²⁾西ドイツにおけるようにいったん成立した特別法が、可能な範囲内で民法典の中に吸収された例は、この典型であるというべきだろう。

不動産の賃貸借特別法は、右にあげたものほかに、罹災都市借地借家臨時処理法や地代家賃統制令などがあるが、それらを含めて、右にあげたすべての特別法のうち、あるものは戦争との関連における都市住宅問題の激化を契機とし、あるものは日本経済の急速な発展に規定された都市住宅問題の深刻化を契機として制定されたものであった。

このようにしてなされた不動産賃貸借法の修正のなかには、臨時的かつ緊急な施策にすぎないものもあったが、恒常的な性格を有する修正が含まれていたことも確かであり、とくに後者については、「長い目でみれば、来るべきものが来た⁽⁶⁾」という内容であったことができる。

では、不動産賃貸借法の原理ないし民法修正の基本的思想は何であったのであろうか。それは特別法を必要とした理由の中

に求められるべきである。基本的には、民法の賃貸借規定が不動産利用の実態に合わないものであるということが明確になり、それに対する適切な法制度上の対応なしには、都市住宅問題がいっそう深刻な社会問題となりかねない、と考えられたからであろう。このことは、「不動産を物質的に利用することを土台とする生活と経済の運営が、所有者の手から、借主の手に移った」ことを意味している。これを受けて、法制度的には土地に投下された資本を適切に維持し、回収することを保障する必要が生じたのであり、建物保護法や借地法が、借地権の保護を図るにあたって、「建物ノ所有ヲ目的トスル」という目的の設定をおこなっているのもこうした趣旨からである。

2 借地権の法構造とその利用権としての強化

(イ) 右に述べたような建物保護法と借地法の「目的」は、確かに借地権強化の目的ではあったが、大きな流れの中では、借地権強化の単なる契機にすぎなかったという面も有している。つまり、土地をめぐる権利関係は現実の利用の保護を中心にして発展すべきものであると考えるべきであるから、借地上の建物が存在すること自体が重要なのではなくて、そのような形態を含めて、土地自体が利用され社会的に意義あるものとされていることが重要だと考えるべきである。土地利用者はそれ

を適切に利用する義務を負っているとの主張や、土地所有権には義務が内在しているという主張は、右の事を一般的に述べたものと言うべきである。この点は、賃借権の存続期間を考えるうえでも重要な視点である。

(ロ) 右の点は賃借権の法構造にも関連する問題である。論理的には、本来は、他人(貸主)にある行為(借主に利用させておくという消極的行為)を要求する権利であるが(とくに物権との対比において)、賃借権という形で具体化している場合には、他人の物を使用・収益することを本質的内容とする権利であるから、一種の支配権であるということができる。またこれを契約関係という面からみれば、当事者間において継続的契約関係が成立していると言うことができる。

不動産賃借権は、このように、利用の実態の面でも、その法構造の面でも、物権の利用権として制定されても不思議のない権利であったにもかかわらず、我国においては、物権と債権とを峻別する体系(パンデクテンシステム)の中で債権に位置づけられた点に、法構造的にみて無理があり、そのために今日までの間に多くの特別法が制定されざるをえなかったものと考えられるべきであろう。

さらに、われわれの社会では借地権を前提として、生活に直結する居住や営業が営まれることが多い。そのために借地問題

を考へるに当たつては、住生活における法的安定に対する配慮が必要となり、投下資本の維持・回収の保障と相まって、契約期間の長期性と契約関係の安定性が保障されるに至つてゐる。

右のような借地に関する特別法の發展は資本主義（の發展）と土地所有との関連でみるならば、不動産利用権の土地所有權に対する強化發展の歴史である。日本の場合には、債權としての土地利用權を認め、これが普及してしまつたため、右のプロセスが土地賃借權の物權化の過程として現われてきた点に、比較法的に見た場合の特徴があると言へる。

3 借家權の保護について

借地權と借家權については、立法史の視点からみれば、これが密接な関連のもとで、少なくとも連動する形で現れ、可能な限り類似した処理がなされてきたと言ふことができる。しかし、土地と建物の基本的性格の相違は、右の問題の本質を考へるに当たつては極めて重要である。とくに、現代都市問題の解決にとって決定的に重要な問題は土地問題である、との基本的認識に立つ以上、借地問題は、土地問題として考察しなければならぬといふべきである。借家問題も、それが土地の上に存在するものであり、居住の手段であるという点で共通の要素を有しているものであるから、土地問題とは密接な関連を有して

いるが、契約関係自体の法的規制という点では、とくに制約の法理を考へるに当たつては、その思想の根本的前提を異にしてゐると考へるべきである。

借地權の保護ないし強化については、土地所有權ないし權利者の社会的義務といふものを、程度の差こそあれ前提として考へることができ、借家權については、投下資本の具体化である建物について土地と同様の社会的義務（利用義務）を論ずることはできないのであり、むしろその営利目的での利用をどの範囲において許容すべきかという、かなり政策的配慮の問題となると思われる。

もちろん、法規制に当たつては、両者に共通するものとして、住生活における生存權理念の保護という思想ないし観点は不可欠であり、そのような面からの統一的考察の意義も決して輕視することはできない。⁽⁹⁾

- (1) 借地法借家法の立法史については、渡辺洋三『土地建物の法律制度（上）（中）』、鈴木録弥『借地借家法（法体制再編期）』（日本近代法發達史講座11）五五頁以下）参照。

- (2) 我妻栄「賃貸借法概説」法時二九卷三三四頁。

- (3) 使用賃貸借 *Miete* については、一九六三—四四年に（連邦法律官報一九六三年一部五〇五頁、一九六四年一部五

九三頁）、用益貸賃借 Pacht については一九八五年に（連邦法律官報一部二〇六五頁）既存の特別法上の諸規定が、可能な範囲内において民法典に編入された。

(4) 建物保護法（明治四二年）については日露戦争直後の地価の暴騰が「地震売買」を惹起したことが、また借地法、借家法（大正一〇年）については、大都市への人口の集中が等一次世界大戦による工業の発展・都市の肥大化によって助長されたことが、主たる原因とされている。また借地法、借家法の改正（昭和一六年）も戦時住宅難に対する対応策であると考えられている。

(5) 借地法、借家法の制定と改正は常にこの要因によって規定されていたと言えるが、昭和四一年の改正と今回の改正論については、この点がとくに重要である。

(6) 我妻前掲論文四頁。

(7) 我妻前掲論文四頁。

(8) 賃借権物権論（物権化論ではない）が生じてくる法構造上の原因もここにある。

立法論としては、他人の土地の上に自己の建物を所有するための利用権は、物権とすべきであり、貸家経営をする場合には、原則として自己所有地とし、そうでない場合には、その敷地利用権は物権とすべきである。土地賃借権は、建物所有権を目的とする場合には、ほんらい不適切な利用権制度である。

資料

(9) このような観点を強調するものとして篠塚昭次『借地借家法の基本問題』二頁以下がある。

二 存続期間等について

1 最初の存続期間

(1) 通常の存続期間
現代日本の土地賃借権は、すでに述べたようなその発展過程を前程とするならば、地上建物の存続のためにのみ強化されてきたと解すべきではない。

その強化の重要な一環である最低存続期間の保障は、投下資本の回収の点から考えても、不動産利用権として本質的に重要な要素であるから、法律制度改革に当たっても、それに対する配慮は不可欠の前提とすべきである。⁽¹⁾

土地賃借権の強化の過程は地上建物の保護を契機としつつも、独自の利用権としての発展過程として認識すべきものであり、そのような観点から、最初の最低存続期間を考えるならば、まず第一に、賃借権の期間を借地上建物の種類によって区分する立法主義は、基本的には発展的に解消されるべきである。

建築技術や資材の発展の面から考えても、堅固、非堅固の区別もしばしば困難であり、またその区別を前提にした場合で

も、それが直ちに耐用年数の長短に直結するとは限らないという点は、「説明」の指摘する通りであると思われる。

第二に、契約において期間の約定がなされている場合とそうでない場合とで最低存続期間に差を設ける点についても、最近における法律知識の普及と国民の権利意識の向上等の事情の変化により、今後は期間の約定のある契約が圧倒的に多くなることとが予想されるから、当事者とりわけ貸地人の意思の推定に基礎を置いた現行の区分は合理的理由を喪失しつつあると言ふべきであらう。二〇年と三〇年のいずれの方向で統一すべきかについては、建築技術や資材の向上等の客観的要因を考慮して相対的に長期の方で期間を統一するのが妥当であらう。

(2) 特定類型の短期借地権と特約

(イ) 三〇年の最低存続期間を原則とした場合に、一時貸賃借のほか特定類型の短期の借地契約の適否が「問題点」においても問われているが（第一、一注①）、右の原則の潜脱を防止しうる確実な保障がない限り、そのような特定類型の短期賃借権は採用すべきではないと思われる。

最初の存続期間経過後における更新契約の存続期間（第一、一注②）は、基本的には最初の場合と同様に二〇年または三〇年で良いと思われるが、貸地人が更新期後二〇年または三〇年間、いっさい正当事由の主張ができないというのは制度として

硬直過ぎると思われる。そこで、右の期間を前提としてもなお、契約期間中に解約を解消することが正当視されるような特別事由が発生する場合には、貸地人に特別な契約解消請求権を認めることが考えられないであらうか（期限の定めなき賃借権とする「問題点」の提案と対比しつつ後述する）。

(ロ) なお、借地権の存続期間に関連する特約として、期間満了時に建物売買を行なう旨の予約の効力が論じられることがあるが、このような特約は、法定更新制度を潜脱するものであるから現行法上は無効と解すべきであるし、改正に当たっても有効性を認めるべきではないと考える。

(1) 存続期間の保障は、賃料の改訂や更新料発生の問題とも密接な関連を有することであるから、借地制度の根幹をなすものと考えるべきものであり、その変更にあたっては特に慎重が必要である。

(2) 最短存続期間による保障を前提としつつ当事者間における具体的諸事情の変化に柔軟に対応できるようにすることを意図した提案であるから、公共的性格を有する都市再開発事業などはここにいう特別事情には含まれない。法改正に当たっても借地・借家法の一般私法としての基本的性格ないし枠組を逸脱すべきではない。

(3) 澤野順彦「土地有効利用と借地契約」法時五八巻二号二九頁以下参照。

2 建物が朽廃した場合

(イ) 借地上の建物が朽廃した場合⁽¹⁾には、現行法の通説的解釈によれば、期間に関する約定がないときには(二条一項)それによって賃借権が消滅するが(同項但書)、右約定があるときは(二条二項)その期間中は朽廃にもかかわらず賃借権は消滅しない、と解されている⁽²⁾。

わが国における土地賃借権の発展史は、これを大きな流れとしてみるならば、物権の利用権としての確立過程であると解することができるから賃借権の存続を地上建物の存続に依存させる制度は、立法論としては採るべきではないと考える。このような意味で、「問題点」中の「借地権の最初の存続期間中は建物の朽廃によっては消滅しないものとするとの考え方」には基本的に賛成である。

ただし、土地賃借権を独自の土地利用権として確立させるということは、それによって土地の積極的利用が推進されるということが重要な理由の一つになっているのであるから、建物の朽廃状態を合理的理由なしに放置する賃借人は正当視されてはならないと思われる。そのような場合には、契約期間中にもかかわらず、貸地人側に解約のための特別事由が発生するとすべきではないかと考える⁽³⁾。土地を積極的に利用すべき社会的義務は、所有権者のみならず、利用権者も負担すべきだからであ

る。

(ロ) 右のような考え方は、建物が朽廃に近づいた時点での更新拒絶の「正当事由」の判断についても妥当する。すなわち借地契約の更新時において貸地人側の更新拒絶の正当事由を判断するにさいしては、ほんらいは建物の朽廃の有無・程度は関係ないはずであるが、借地人が建物を朽廃に近い状態に放置しているということが、貸地人側の積極的利用との相關関係において配慮されてよいのではないかと思われる。

(1) 朽廃の概念については、田山輝明「建物の朽廃と喪失」『現代借地借家法講座1』六六頁以下参照。

(2) 借地法二条の適用範囲については、田山前掲論文八一頁以下参照。

(3) この場合には、借地権の消滅という構成をとるべきではなく、現に存在するとされている「借地権価格」を配慮して、借地権の買取請求権の行使という法的構成が妥当である。

3 建物が滅失した場合

(1) 滅失と朽廃

「問題点説明(第一、一3)」によれば、「滅失」には朽廃も含まれるが、借地権消滅原因としての朽廃の場合には、借地法

七条は適用されないとされている。而概念はほんらい別個なものであったと思われるが、昭和四一年の建物保護法の改正（一条二項の廃止）や最近の学説・判例の動向を前提とするならば、朽廃が消滅に類似した概念になりつつあることは確かなことである。前述のように、最初の契約期間中の建物の朽廃は借地権の消滅原因とならないとの方向での改正が実施されるとすれば、右の傾向はますます強まるものと思われる。

(2) 建物の再築

右の点との関連で、借地権の消滅理由とならない建物⁽²⁾朽⁽²⁾廃⁽²⁾後の再築の場合については、借地法七条が適用されうる旨を明確にすべきである。借地権不消滅という前提で考える以上、同条の適用に当たって消滅と朽廃を区別すべき合理的理由はないからである。

(3) 貸地人の解約権

借地上の建物が滅失（限定された意味での朽廃を含む）した場合に、一般的に貸地人に解約申入権を認める制度を新設し、そのさい正当事由に関する判断を行うという考え方も示されているが、これについては借主の利用権を不当に弱めないための合理的な歯止めが用意されない限り、借地法の基本的発展方向に逆行することになるから反対である。⁽³⁾

(4) 残存期間が短期の場合

右の場合に現行法と同様に、貸地人の異議権のみに留める場合には、残存契約期間の長短に関係なく借地人の再築行為を無制限に認めてよいか否かが問題となる。

例えば、建物滅失時の残存期間が三〇五年よりも短い場合には、貸地人に異議権に代えて更新拒否権を与える方法が考えられる。もちろんそれが認められるためには通常の場合と同様に正当事由が必要であり、かつ正当事由の存否は残存期間とは無関係に（通常の場合の法定更新の可能性を前提として）判断されるべきであるが、正当事由ありとされた場合には、残存期間の経過前に契約が消滅することについて、具体的諸事情（その地域の借地権価格など）を考慮して一定の金銭的調整（残存借地権の買取）が必要となろう。

(5) 再築建物の保護

建物滅失後に借地人が建物を再築した場合の法律関係は、基本的には、現行法制の通りでよいと思われる（この場合の借地期間を三〇年に統一することは考慮に値するが）。貸地人が遅滞なく異議を申立てた場合には、当初の契約期間が経過する時点において正当事由に基づく更新拒絶の問題が生じうる。この時点以降は、基本的には、通常の契約更新の場合と同様である。

ただし当初の契約期間終了時において貸地人側に正当事由が

あると判断された場合には、借地上の再築建物が比較的に新しい場合が多いと思われるだけに、その点についての配慮が必要となろう。前述の(4)で述べた我々の案を前提とすれば築後三—五年ということはないことになるが、それに近い場合はありうる。そこで、当初の契約期間切れの時点で正当事由について判断がなされてよいが、正当事由ありとする場合でも、例えば築後一定期間が経過するまでは、土地の明渡を請求することができなとする制度が検討されるべきではないだろうか。⁽⁴⁾ 正当事由については存否という形で結論が出るから、正当事由なしということになる(例えば、築後六年の建物の存在を前提として、正当事由の存否を判断することになる)、貸地人としては二〇—三〇年間は正当事由に関する判断を求める機会がなくなってしまうから、このような場合には長期の明渡猶予期間(再築建物の効用を最小限度發揮させるに足るだけの期間)付の更新拒否権を認めるという方法で、正当事由の柔軟な運用が図られるべきであると考ええる。

右のような制度により、結果として正当事由が認められる可能性が、従来の制度の場合に比べて高くなると思われる。その点をも考慮して、借地人が猶予期間終了後の明渡の時点で建物買取請求権を行使した場合には、その価格は旧建物ではなく新築建物を基準として、居住環境等を考慮したうえで決定される

べきであろう。

(6) 二条一項但書の廃止

なお、建物新築後、残存期間経過前に、旧建物の朽廃すべかりし時が到来する場合にも、前述のように、建物の朽廃による借地権の消滅は考えるべきではないから、二条一項但書の廃止(または適用排除)を検討すべきである。

(1) 2注(1) 田山前掲論文七〇頁、八六頁参照。

(2) この点に関する現行法の解釈については2注(1) 田山前掲論文八九頁参照。

(3) 杞憂かもしれないが、建物滅失のさいの貸地人の解約申入権を一般的に認めると、放火等の犯罪を誘発する恐れが生じないとは言えない。

(4) このような方法によらず、貸地人からの建物買取請求権を認める方法も考えられ、この方が簡明であるようにも思われる。しかし借地人側の利益は単に投下資本の回収に帰着するものではなく、そこで居住または生業を継続することによる利益も重要であり、しばしば後者の方が決定的に重要である。借地法や借家法の分野では金銭に換算しきれない利益に対する慎重な配慮が必要である。

4 最初の期間経過後の借地権

（イ）問題点（第一、一四）においては、この場合には、更新された借地権は、合意による場合を除き、期間の定めなきものとなる⁽¹⁾の考えが例示されているが、このような改正を行うと、その後の借地人の居住上の地位が不安定となり、かつ借地人による建築行為等が事実上抑制されることになる恐れがあるから、賛成できない。

（ロ）しかし更新後の借地権について、従来通り、二〇一三〇年の最低期間の保障をするだけでは、その期間中、貸地人側からはいっさい契約解消の正当事由を主張機会を失なうことになるから、それでは最近の経済社会の発展速度に鑑みて、貸地人の保護が不十分となる恐れがある。そこで、二〇一三〇年の借地権の存続保障を前提としてもなお、貸地人側の契約解消を認めるに値する特別事由がある場合には、例えば一〇年に一度、貸地人に契約解消権を行使する機会を与えることが考えられないであろうか。

借地人の債務不履行があるときは契約を解除すればよいから、これは当然に右特別事由からは除かれる。また特別事由は借地期間の保障を前提としているから、契約不更新のさいの正当事由とも異なる。すなわち、契約更新時に正当事由が存在する場合⁽²⁾には、借地権は消滅し建物買取請求権が問題となるだけであるが、右の特別事由による契約解消の場合には、借地権の

存在、それを前提とした投下資本の回収、居住しないし生業に対する配慮などがなされなければならないから、従来の通常の正当事由の場合に比べれば、特別事由の認定は貸地人にとってより厳しいものとなるろう。もちろん二〇一三〇年後の契約更新時には、通常の正当事由によって契約を終了させることができ

（１）これは三五年要綱以来の考え方である。

（２）土地賃借権の物権的強化という大きな流れに逆流することなく、契約当事者間における具体的利害の調整を行うためには、急激な変革ではなく、このような変革が最適なのではないかと考えている。

5 定期借地権

（１）基本的問題

このような制度を従来の借地制度と同次元に並列的に設置することは適切でないと考える。「説明（第一、一五）」においては「住宅・都市整備公団や民間の一部の業者において、借地権者が存続期間満了時において一一条の規定に基づく無効の主張をしないとの期待の下に、このような期間満了による当然終了を約する借地契約が行われている」との紹介がなされている。そうした方面での定期借地権の必要性や関係者が現行法体制下

で右のような努力を重ね、試行錯誤を試みることにについては敬意を払うことにやぶさかではないし、また右のような借地契約に法的安定性を付与する必要性が主張されることも理解することが出来る。しかし、そのことが一般法的性格を有する借地法自体の改正に直結しなければならないとは思われない。

むしろ、借地法の基本構造に混乱を生じさせないような配慮をしたらうで特例を設けるような方向での検討がなされるべきであると思われる。例えば、特別法によって厳密な要件（契約当事者の面と契約内容の面）のもとで借地法の適用除外を認める方法が考えられよう。例えば定期借地権の設定は原則として公的団体が契約の主体（借主）となる場合に限られ、民間企業が契約主体になる場合にはオフィスビルを対象とするものに限定することなどが考えられる。

(2) 具体的問題点

以上のような我々の基本的観点ないし態度を留保しつつ、以下では定期賃借権が一般的に（借地法自体において）認められる場合を想定して、その問題点について検討しておこう。

(イ) 期間 五〇―六〇年の定期借地権は、地上建物の効用を全うしうる期間との関連で想定されているが、借地権の相続性と世代交代のサイクル（三〇―四〇年）を前提として考えるならば、定期借地権の存続中に通常一回は、相続ないし世代

の交代が生じることは当然に考えなければならない。

そうした場合に、原借地人がどのように考えて借地したにせよ、期間満了時における次世代の借地人が、隣地の通常借地人と比べてみて居住の必要性や地域の発展への貢献度等について何らの実質的な差異がないのに、借地権の法的性質の違いのみにより、自分だけは無条件で土地を明け渡さなければならないということに、直ちに理解を示すであらうか。このような場合に右の借地人がどの様に考えようとも、また居住上の必要性がどうであらうとも、定期賃借権であるという五〇―六〇年前の約束に基づいて土地明渡の強制執行ができるという制度がはたして妥当であらうか。この制度が一般的に（戸建住宅用借地においても共同住宅用借地においても）普及するということは、右のような強制執行が全国いたる所で実行されることを意味するが、それでよいのであろうか。これを実現することは具体的な制度論以前の根本的な点で間違いを犯すことになるであらう。

(ロ) スラム化の恐れ かりに右の点が杞憂であるとしても、借地人の建築行為の消極性を生み出さないかという点が心配である。一般戸建住宅用の借地を想定するならば、期間満了期に近づくに従って、借地人が修繕等を控えるようになることは当然に予想できる。

もちろん、再契約が禁止されているわけではないから、相対で再契約を前提としつつ修繕や再築がなされることは考えられるし、あるいはその方が多くなるかもしれない。しかしその場には、貸地人側には無条件の更新拒否権というエースカードが与えられているから、再契約一時金（事実上の更新料）等を含む再契約条件について対等当事者間の交渉が実現されることは困難であろう。そうであれば交渉は当然に長期化し、その間、建物の修繕等も最小限度に抑制され、いわゆるスラム化が進行する恐れは十分にあるといえよう。

（八） 期間終了後の建物 このような事態を回避しつつ借地権を消滅させるためには、借地人に建物買取請求権を認め、なおかつ修繕等については投下資本の回収をも保障しうるような配慮が必要となる。しかしこのような建物買取請求権は貸地人にとって自己使用の必要がある場合を除いて（この場合には現行法制でも正当事由により同じ結果を導けるから）どのような意味があるのであろうか。そのまま他の者にその家を賃貸するということは考えられるが、貸地人にとってそのような可能性を与えられることに重要な意味があるとは思われない。

もちろん貸地人が買取った建物を取り壊して高度利用を図るということは考えられる。

しかしここで考えてみなければならないのは、五〇―六〇年

前に一般的抽象的に確保された貸地人の右のような利益（権利）が、長い間その土地を利用し現に居住している借地人の居住上の必要性に絶対的に優位するのかということである。この問題は、結局は、現代社会における土地所有権の在り方（現代土地所有権論）にも密接に関連する問題であるから、我々は、それに関する議論を捨象しつつ借地関連制度の改革のみが進行する点に不安感を覚えるものである。慎重な検討を要望したいゆえんである。なお、建物の契約期間中の滅失の場合に生じる問題は「説明（第一五）」の指摘の通りである。

（三） 借地権の価格 右の点に関連して五〇年ないし六〇年間にわたって借地人がその地域の発展に貢献してきたという点について定期借地権の消滅のさいにどのような配慮がなされるのか、という点も問題となる。土地は人間による利用を抜きにしては価値のないものであるから、ある借地の底地の価格には、いわゆる差額地代等を資本還元したものとしての地価を前提としつつ、借地人によるその土地の利用を通しての地域社会の形成・発展によっても上昇してきたと考えてよい。こうして形成された地価は、所有権というタイトルを有する者にその一部は帰属するとしても、他の一部は社会全体と借地人にも帰属すると解すべきものである。この点については、様々な見解が存在し、にわかに統一の見解がまとまるとは考えられない

が、改正論議にあたっては、少なくとも、そこに問題があるということだけは十分に意識してほしいと考えるものである。いづれにしても十数年に渡って形成されてきた地価（上昇分）のすべてが貸地人に当然に帰属してしまうという結果を最初の契約（定期借地契約）のみで正当化することができるのか、という点については疑問が残る。

（ホ） 底地抵当権との関係 定期借地権は底地の抵当権との関係でも問題を生じさせるだろう（定期借地権自体の担保化はここでは論じない）。まず、定期借地権の存続期間が終了した場合には、常に借地人は建物を収去することになる（買取請求権を認めない）のであれば、たしかに底地の担保価値は現行制度下に比べて高いものとなる。しかし逆に借地上の建物は敷地利用権の期間満了時が近づくに従って、それ自体の利用可能性とは関係なくその担保価値はゼロに近づくことになる。その結果、定期借地人は一定時期以降、建物を担保とする金融の道を事実上閉ざされることになる。

そこで、定期借地人にも建物買取請求権を認めるべきであるとの提案が検討されるべきであるが、これによってもさらに次のような問題点が残る。

第一に、借地人が地上建物について十分な修繕を施してきた場合には、期間満了時の建物買取価格もそれに応じて高くな

り、その結果、貸地人が買取のために十分な資力を有しないという場合も生じうる。このような場合には結局、借地契約を継続することになるが、従来の契約を更新するのではなく、再契約になるから、借地人の新賃借権は底地抵当権に対抗できないことになり、法律的には不安定な借地権が生じることになる。

第二に、貸地人が買取の資力を有していて建物を買取った場合には、敷地賃借権はどうなるのであろうか。混同により（または期間の満了により当然に）消滅するのであれば底地抵当権者にとっては望ましい状態となるが、貸地人はせっかく建物を買取っても、底地抵当権が実行されれば建物を収去して土地を明け渡さなければならぬことになる。

右とは異なり、貸地人が建物を買収すると定期賃借権は以後貸地人の自己賃借権として存続すると解するのであれば、結果として法定地上権が成立するのと同じことになり、建物の経済的価値は保存されよう。しかしこの場合には定期借地権制度の導入により底地の担保価値が高まるということにはならないであらう。⁽³⁾

（ヘ） 建物抵当権との関係 定期借地上の建物に抵当権が設定されていた場合に、右に述べたような買取請求権が行使された後の法律関係も問題である。抵当権は建物に随伴することになるが（ただし、買取代金を直接抵当債権者に弁済する

などの方法で処理すれば問題は一举に解決する）、後に抵当権が実行されれば、結局建物は競売の買受人の手によって取り壊されざるをえないことになる（これは期間の終了が近づく建物の担保価値が事実上失われることを意味する）。右の事態を回避するためには、土地建物の一括競売の制度が検討に値するが、貸地人としては、建物買取請求権を実行されたがために、自己の土地までが競売に付されることになるから定期賃借権を利用することを避けるようになるであらう。

（ト）建物賃借人等の保護 さらに定期借地上の建物が賃貸される場合も考えられるから、このような借家人の保護についても検討することが必要である。定期借地権の制度趣旨をできるだけ生かそうとするのであれば、借家人に契約の締結にさいして予め定期借地上の建物である旨が公表されている必要がある（借地権自体の譲渡についても同様）。土地登記簿に定期借地権が設定されている旨登記する方法が、「問題点」においても示唆されているが（借地権の譲渡についてはこれよい）、そのみで建物の賃借人に対して定期借地権であることに対抗できるとすることは無理であらう。

右建物賃貸借が、不動産業者による仲介によってなされる場合には宅建業法による「説明義務」の追加によりある程度カバーできようが、相対の契約による場合にはそれも不可能であ

る。借家契約には短期のものが多くとはいえ、定期借地上の借家経営は、借家人の保護の点で問題を残すことになる。

（1） 1注（3）澤野前掲論文も、特別法の形式で行うべきであると主張している。

（2） 1注（3）澤野前掲論文三〇頁。なお、西ドイツではワイマール期以降、開発利益の社会還元思想が徐々に浸透している。

（3） 定期借地権と担保権の関係につき手形研究編集部「借地・借家法改正の問題点と銀行実務」手形研究三七八号三一頁参照。

6 正当事由の内容

（1） 正当事由の具体化の適否について

すでに「基本的視点」において述べたように、現行法の「正当事由」は、その本来の制定の趣旨とはかなり異なった意味をもつものとして機能している現実をみても分かるように、この制度は、基本的には一般条項としての性格を有しているものであり、そうであるからこそ、日本社会の大きな経済的、社会的変動にもかかわらず、一定の極めて重要な機能を果たしてきたものと解すべきである。したがって「説明（第一、一六）」が三五年要綱案を引用しつつ、紹介しているような形での具体化で

あっても、基本的に賛成することはできない。

(2) 土地所有者による土地の有効利用と正当事由について
すでに(1)で述べたように、我々は、正当事由の具体化自体を適切な方法とは考えないが、かりにこれを実施する場合についても、地主による土地の高度利用を正当事由の一つとして具体化することについては問題があると考ええる。

「説明(第一、一六)」によれば、「土地の高度利用を図るべき地域において借地権者が低層老朽な建物を維持することによって借地権を維持し、これが都市の適正な再開発を阻害しているような事例が多い」という認識が示されていることから分かるように、それが主要な立法理由となっているようである。しかし再開発事業とはいっても、都市計画の観点からみてまさに望ましいと思われるものもあろうし、逆に既成市街地の「再開発スプール」とでもいうべき望ましくないものもあろう。昨今のオフィスビルに対する需要の異常なまでの増大を背景として、右のような改正要求が出てきていることを考えるならば、右の再開発によって実現されようとしているのは、都市部の低層住宅ないし商業地域のオフィスビルによる高層化であろう。そうであるならば、これはまず第一にそのような再開発がその地域にとって必要であるのか否かについて住民自身の意見をも尊重しつつ検討し、都市計画に関する合意形成の過程で

所有権、借地権、借家権などの関係権利の適切な処理がなされるべきものである。

都市再開発を実施すべき場合に当然になされるべき民主的手続が十分に実施されない場合に、事業に対して反対する者が生じることがありうるのであり、しかもそれは、借地権者や借家権者とは限らないのであろう。むしろ最も強力な反対者となりうるのは土地所有者である。したがって都市再開発の阻害要因を強い借地権にあるかのように述べている「説明」には納得できないものがある。

都市再開発事業をめぐる問題は、単なる借地借家法の改正によって根本的に解決しうるものではなく、都市法全体の中に位置づけて議論されるべきである。「説明」が指摘しているような「阻害」要因としての借地権者がいるとしても、それらは、例えば都市再開発法などの適用によって処理されるべきである。そのさいには、最終的には、権利の公用収用ないし強制使用の問題となるが、当然に憲法二九条に基づいて手続上の保障が与えられることになる。

つまり都市再開発事業において事業主体が借地権や借家権をいかに処理するかということは、実は、市民相互の関係を規律する民事基本法である借地借家法の問題ではなく、公共性のある都市再開発事業のために、土地所有者、借地権者、借家権

者が同意せざるを得ないか否かという公法上の問題なのである。

公共性の薄いまたはそれを欠いている都市再開発事業であれば、右の諸権利の公用収用や強制使用はもちろん許されないものである。そのような判断を「正当事由」の中に入れることは公法と私法の混同という基本的矛盾を犯すことになる。もちろん公法と私法の中間領域は、近時ますます多くなる傾向にあるが、それは中間領域の法として形成されるのである。したがって借地法、借家法をそのような法へと性格変更するのではない限り、借地借家法のような民事基本法の中に、実質的には「収用」に相当するような規定を挿入することは避けるべきである。

オフィスビルの需要については、新宿の高層ビル街のような地域が無制限に拡大することの適否をも含めて、都市計画や都市法全体の再検討を通して解決すべき問題であり、基本的にみて借地法、借家法の守備範囲外の問題である。

借地権者の側からの土地の高度利用の問題については、右に述べたような都市再開発事業自体についての問題が解決されないかぎり、それだけを単独で論しても意味のないことであろう。

7 借地権消滅の場合の利害調整

(1) 「土地の高度利用」による借地権消滅の場合についてすでに「6」の正当事由に関する項で紹介したように、正当事由の機能として私的利害の調整の枠組を超越したものを期待するのであれば、そのような目的のために消滅する借地権に対しては、特別な（現行法では無理であるような）配慮が必要となる。

しかし、都市再開発事業のさいの「利害調整」の本質は、公共事業のための権利の公用収用のさいになされるような補償なのであり、我々は、そのようなものを、民事基本法である借地法、借家法の中に含めることは適切ではないと考えているので、右のような意味の「利害調整」については、これ以上論究しない。

(2) 正当事由を補完する金銭補償

右の場合を除けば、従来からも、判例においてもすでに正当事由を補完する金銭補償という形で、実際には、金銭による利害調整がなされていたのであるから、現時点においてはこれについて何らかの形で立法による関与を必要とするか、という問題が残されることになる。

正当事由自体が予め類型化することが困難なものであるのと同じ理由により、それを補完する金銭による補償も、予め法的に規制することは困難であると思われる。むしろ、判例による

努力と学説による分析・整理に待った方が得策であると考えられるのである。

「問題点（第一、一七）」では、「金銭給付等」としており、代替貸地、代替貸家の提供なども可能とする方法を考えているようであるが、このようなことを法定しようとすること自体が、都市再開発事業を「正当事由」に含めることを前提としているためであると思われる（それを前提とする限り、検討すべき事項である）。

しかし右以外の通常の正当事由による借地権、借家権の消滅の場合については、代替貸地、代替貸家の提供などは、当事者の私的自治にまかされるべき問題であると考えられる。

(3) 債務不履行の場合の建物買取請求権など

この問題は、従来から議論の対象とされてきた点であるが、現行法の解釈としては、否定的方向で固まっていると考えられる。しかし否定説の理由の中には、債務不履行をした者に対する制裁的要素が含まれており、民事規範の解釈としては必ずしも妥当とは思われないとの意見も有力である。債務不履行をした者に対する法的評価は基本的には契約の解除によって尽くされていると考えられるから、借地上的建物の国民経済的観点からの保護をこの場合にも及ぼすべきではないかと考えるものである。このような借地人に建物買取請求権を認めても、契約の

解除により、借地権価格（大都市では地価の七割以上になるとされている）の大部分を喪失するのであるから、債務不履行が生じやすくなるというような弊害は生じないと思われる。

「説明（第一、一七）」の最終部分で紹介されている提案を含めて、具体的検討がなされるべきであると考ええる。

三 自己借地権制度について

(1) 基本的問題点

自己借地権については、「説明（第二、二二）」が指摘しているような必要性が現に存在している、ということをも前提として検討してみることがあろう（分譲マンションの場合に敷地所有権を地主が留保することの適否の問題は残るが、それを認めることにより土地の提供が促進されるのであれば止むをえない）。

自己借地権の緊急の必要性が当面、分譲マンションの場合に限定されるのであれば、そのための例外的制度としてスタートすべきであると考ええる。

第一に理論的問題点としては、債権につき混同の例外を認めるのであるから、法律の規定に基づくものであっても、その必要性、合理性については明確な理由が必要である。明確で合理的な歯止めとしての基準が設定されることなしに重大な例外を認めることは、民法全体に対する影響をも考えるならば、極力

避けるべきことであると思われるからである。

第二に、一般的にこの制度を認めることにより、更地に自己借地権を設定し、これを対象とする抵当権が設定され、これが独自に流通するというような事態も考えられないことではない（借地権の担保化とも関連するが）。

このように、自己借地権制度は、理論的にも実際のにも重大な問題点を含むものであるだけに、現時点における一般的承認には消極的にならざるをえない。

(2) 法定地上権との関係

右に述べたように、自己借地権の創設を認めるとしても、これを限定的なものとすることを前提として、法定地上権制度は、現行法のまま維持すべきであると考ええる。

民法上の法定地上権の制度については、判例・学説の努力により、極めて合理的の制度として発展してきているし、抵当権と関係のない強制執行の場合にも、民事執行法（八一条）、国税徴収法（一二七条）により、類似的権利が設けられ、仮登記担保法においても法定借地権（一〇条）が認められることにより、主要な問題は解決されているのであるから、残された問題点については、現行の制度を前提として判例学説の努力によって克服してゆくべき問題であると考ええる。

四 担保制度について

(1) 基本的視点

市街地における借地権は、不動産鑑定理論等の説くところによれば、当該地価全体（更地と仮定した場合の地価）の七割以上を占める場合が多いとされている。このような評価は、借地権の法律的保護による反射的利益としてみるべき側面もあると思われるが、本意見書の「一」で述べたように、土地利用に対する借地人の寄与が評価されている面もふくまれていると考えらるべきであろう（社会的義務としての土地利用義務の借地人による履行の側面）。

借地権の価格が、右のようなものとして計算しうるものとして現実、存在している以上、このような資産が担保化される道が閉ざされていることは妥当ではない。その主要な障害が法制度面に存在するのであれば、法制度を改めるべきであろうと思われる。

(2) 抵当権の対象とすることについて

(イ) 建物所有権を目的とする土地利用権は、質借権ではなく、物権としての地上権に一本化することが望ましい。この意見は、質借地権の「定着化」とは関係なく、今回の改正に当たっても十分に配慮されるべきである。

賃借地権の有効な担保化の方法として、質権と抵当権とを比較するならば、不動産担保物権としては、抵当権の方が明らかに実質的であるから、これを前提として検討すべきである。

賃借地権の担保化に踏み切る以上、法律関係の混乱を生じさせないためにも、賃借地権について（従って不動産賃借権一般についてではない——民法六〇五条参照）登記請求権を認めることが望ましい。担保化を法律によって認める以上、賃借地権について登記請求権を認めても、地主に直接の不利益が生じるわけではない（対抗要件の点では建物保護法一条）、という点について地主層に十分な啓蒙を実施すべきであろう。登記に対する地主層の心理的抵抗は必ず生じるとは思われるが、これが実質的な不利益を伴わないものである以上、時間が解決してくれるものと思われる。

「説明（第一、三）」の示している右の点に関する「中間的な案」は現段階では考慮する必要はないと思われる。

（ロ）「問題点（第一、三注②）」については、民事執行法の不動産競売の方法により行うものとする方法（民事執行法四三条二項の改正）が最適であると考えられる。それに関連して生じる手続上の問題点については今後、引き続き検討すべきである。

（ハ）「問題点（第一、三注③）」については、既存の法定地上権制度が機能しない場合に限り、賃借地権と共に地上建

物をも競売することができるとする方法が最適であると考ええる（現行の法定地上権制度の存在が前提となっている）。

（ニ）「問題点（第一、三注④）」については、同所で指摘されている様な配慮が必要であると考えられる。その中では、解除の事前手続として担保権者に対する通知義務を賃借人に課する方法が最適であると考えられる。賃借地権の担保化を承認しても、借地人の債務不履行（とくに地代の不払）により借地契約が解除されてしまったのでは、担保権者に不測の損害を与えることになるからである。このような事態は、少なくとも地代不払いを理由とするものについては、右の通知義務によってほぼ防止することができるとは思われる。なお、賃借人の利益保護の観点から、右通知義務の容易化の方策はぜひ検討されるべきである。

五 地代について

（1）地代改訂特約

この問題は、基本的には、当事者間における私的自治の問題であると考えられる。その基礎の上に立って、当事者間において将来の地代改訂のための特約を結ぶことが行われ始めているが、それも基本的には（借地法一二条と矛盾しない範囲において）有効である。その調和点については、ようやく判例においても

実例がみられるようになってきた時期でもあるので、当面の間、判例の蓄積に待つことが得策ではないかと考える。判例の動向等を見守りながら、行政サイドでも並行して借地契約の雛型等の中に可能な範囲で関連規定を盛り込むなどの方策を検討する方法が現時点では最も妥当であろうと思われる。

(2) 地代増額紛争の処理

裁判所以外において、簡易な紛争処理機関が設置できないかということが問われているが、借地（借家）紛争は、その法律関係の面での地域差などのために、とくに地代紛争に至っては、同一地方においても状況が異なる地域が存在しているから、かなり詳細な資料を備え、かつ不動産鑑定士などの専門家を用意した機関が相当数必要となるから、その設置・維持には膨大な費用が必要となる（この点で交通事故処理センターの場合とは根本的に異なる）。

このような問題については、いきなり借地法、借家法の改正の問題として論ずるのではなく、地方自治体も含めた関係各所の意見を集約しつつ検討を試みる場が必要であろう。

六 敷金等について

(1) 基本的視点

不動産賃貸借契約における一時金については、借主の債務の

履行を担保することを目的とする敷金（名称は統一されていないが）とその他の様々の目的で授受される権利金（広義）とに分けられる。

右のような一時金のうち、敷金についてはその目的の合理性から判断して原則として有効であり、当事者の私的自治にまかされてよいと考える。しかしその他の一時金については例えば賃料の一部前払の性格を有するものについては、賃料の在り方として考えるべきであり、賃借権の譲渡性を付与することに対する対価であれば、賃借権の物権化との関連をも考慮しつつ、そのような性格規定をしたうえで考えるべきである。その他様々の目的で給付が約束されることがありうるが、法的規制を行うにしても形式や名称のいかにかわらず、その実体に即した法規制を行うべきである。

(2) 敷金関係の承継

最高裁判例の見解でよいと考える。すなわち、賃借人が目的土地を第三者に譲渡したときは、対抗力を具備した借地権者は、新地主に対して敷金関係をもって対抗することができるが、借地権が譲渡された場合には、原則として、敷金関係は新借地人に承継されないということでありと考える。借地権譲渡の場合に右判例と異なる規範を必要とするのであれば、賃借人のイニシアティブにより（とくに借地権譲渡の条件として敷金

関係の承継を約束させることも可能）合意をすればよいのであるから、法律による規制は不要である。

七 区分所有建物の敷地利用権が借地権である

場合の借地関係について

この問題は、借地権付分譲マンションが増加しつつある現状を前提とする場合には、重要な問題であるが、伝統的な借地法とは異なった法律関係として規制する方が適切であると思われる。前述の自己借地権制度も分譲マンションの場合に限定して認めるのであれば、これらを一括して独立の章を設け、関係実務家の意見を十分とり入れて実体に即した規定を設けることが望ましいと思われる。

八 借家法関係

(1) 対抗要件について

建物賃借権の対抗要件は、借家法一条一項に基づくものでよいと考える。民法六〇五条の登記を土地賃借権に限定することに賛成である。

(2) 存続期間について

(イ) 正当事由の内容 都市再開発を目的とする建物の取り壊しを正当事由の内容に加えることについては、借地法の関

連箇所述べたのと同様の理由により賛成することができない。

(ロ) 居住と非居住用の区分

この両者は法律による保護を加えるべき理由を異にするから、規制対象としても区分することが望ましい。しかし実際には、混合形態の借家もありまた一般に「生業」と呼ばれている借家関係もあることを考えれば、その区分の基準を定めることは容易なことではない、という点は「説明（第二、二一）」の指摘通りである。

しかし法改正の機会に、関係者の英知を結集してその基準を具体的に議論することは大切であると考ええる。

(ハ) 金銭補償による正当事由の補完 「問題点（第二、二一）」によれば、個別具体的な契約関係の終了にさいして、

このような給付がなされるということ、法律によってこれを規制することは、その意味が全く異なるという点に注意すべきである。借家関係についてこれを何らかの形で法定することは、借家権価格というものを想定することに連なる。したがって問題は、単に正当事由の補完の適否の枠を越え、将来の借家法制にも大きな影響を残すことになるから、慎重に決断すべきである。

借家権の場合には、借地権と異なり、賃借権であることを前提としたうえで、生存権的存続保護を考えるべきであるから、

債権としての賃借権の基本的性格から大きく逸脱することのない法規制が妥当である。

当面は、右の問題につき、法律による規制は不要であると考えられる。

(三) 特別の賃貸借 「問題点(第二、二〇)」によれば、

これは現行借家法八条のほかに一時使用を目的とする借家法の適用除外を設けることを目的とするものであるから、それによって現行法八条の趣旨が脱法される恐れがないことについての慎重な検討が必要であると思われる。

(3) 造作買取請求権について

「問題点(第二、三)」によれば、造作買取請求権の社会経済的意義の変化に伴って、強行法規による造作買取請求権の制度を変更しようとする考え方が示されており、これはその限りで合理性を有しているものと考える。ただし右の合理性が問題なく妥当するのは、いわゆる営業用借家についてではないかと思われる。この場合には、家主が不要な造作を押しつけられる結果となる可能性が高いからである。しかし、居住用借家においては、一般に造作の代替性(互換性)が低くなっていることを考えれば、むしろ社会経済的観点から考えても、造作買取請求権を存続させる必要があるものと思われる。

居住用と営業用との区分が実現しない場合には、住居用借家

のために右制度は存続させるべきであると考ええる。

(4) 賃借権の譲渡等について

営業用借家権の譲渡性付与の必要性については、「説明(第二、四)」の指摘の通りであると思われる。建物賃貸借を居住用と営業用とに区分できるか否かは、借家法全体にかかわる問題であるから、他の改正点との関連も考慮しつつ区分の基準について積極的方向で検討すべきであると考ええる。

(5) 家賃改訂特約について「問題点(第二、五)

地代について述べたところと基本的に同様である。

(6) 敷金等について「問題点(第二、六)

借地契約について述べたところと基本的に同様である。

(7) 賃借権の相続等について

「問題点(第二、七)」の指摘の通り、借家人と同居している内縁の妻等の相続人でない同居者が、賃借人の死亡によって、その居住の根拠を失うことにならないように配慮することに賛成である。現在においても、現行法(七条ノ二)の定めない部分を判例が補っているが、これを追認する形で立法化がなされ、相続人でない同居者の居住権の安定化が図られることが望ましい。

ここにおいても、居住用借家権と非居住用借家権との区別が必要となる。この区別を前提として居住用借家については、相

統の対象から除外し、現に同居していた一定範囲内の親族が借家関係を承継する、としている三五年要綱は基本的に妥当である。ただし、居住用借家権を相続の対象から完全に排除するのではなく、同居人による承継が相続原理に優先するとの考え方を採用すべきであると考ええる。したがって同居人が存在しない場合には、借家権は消滅するのではなく、相続の対象となるとの考え方を採用すべきである。

右に関連して借主が複数になることにより貸主に不利益が生じないよう一定の配慮をする必要があるのではないか（例えば契約解除の意思表示の相手方の問題など）。

なお、右のように徹底して借家の同居人の居住権が保護されることになるのであれば、それとのバランス上、被相続人の所有家屋の同居人の居住権も保護されるべきであると思われる。「説明（第二、七）」の指摘の通り、借家法上の枠外の問題であるが、今後は、具体的な検討課題とされるべき問題である。

九 罹災都市借地借家臨時処理法について

現行法と基本的に類似した法制度は、将来においても必要であると思われる。現時点における内容上の再検討は、有益であると思われるが、適用対象を政令指定災害都市に限るとする現行法の枠組は今後とも維持されるべきものと考ええる。

比較的大規模な災害のさいに、都市再開発事業を必要とするのであれば、都市計画法制の問題としてこれに対処すべきであり、借地借家法の改正のみにより、可能な範囲で対処しようとすることは、本意見書においてすでに、「正当事由」制度に関連して述べたように、妥当な方法ではないと考えるものである。

以上